

全球金融危机： 国家紧急措施会引发国际投资争端吗？

安妮·范·奥肯 于尔根·库尔茨

引言

一些发达国家为缓和全球金融危机的影响,颁布了紧急措施,其中包括澳大利亚、德国、爱尔兰、英国和美国。这些措施在行政部门落实过程中仍会发生变化,它们也因此成为一个“移动靶”,但是,我们的调查结果显示,已有初步证据表明,外国参与者与国内参与者在样本分组国别所实施的紧急计划中受到了不同的待遇。这种差别有可能导致外国投资者失去根据国际投资法所享受的反歧视保障。

总体来看,迄今为止通过的紧急措施可以分为三个宽泛的类别:1. 旨在增强金融服务业稳定性的措施;2. 针对的是金融服务业,但它们的安排是为了增加流入其他经济领域的可用信贷额度的措施;3. 旨在扩大公共开支、刺激目标产业和战略产业(包括汽车业)的总体财政措施。我们关注的重点是前两类,因为我们认为目前这两类措施最有可能与国际投资法产生关联。

紧急措施

大部分第一类紧急措施的目的都是增强市场参与者的信心,并且确保银行源源不断地提供资金支持。它们包括流动性支持、调整资本(通过收购股票或其他方法)、购买特定资产(包括“有毒的”银行资产)、同业拆借(批发)担保,以及零售存款担保的增加。

澳大利亚和爱尔兰为零售存款、批发贷款推出了新的保险计划,就爱尔兰而言,就是为担保债券、有优先权和到期的次级债提供担保。这两项措施促使批发资本从被排除在外的外国银行分支机构流向国内受担保的机构。为监管套利交易而拟定逆向激励措施的国家还不止这两个国家。德国和英国的金融稳定计划只针对各自国家的金融机构,同样把外国机构的分支行(如核定的接受存款人)排除在外。相反,瑞士决定救助对整个体系有举足轻重作用的特定机构。截至目前,只有一家瑞士银

行——瑞银集团(UBS)——从这个计划中受益,而另一家银行瑞信银行(Credit Suisse)也有可能同样受益。美国的《紧急经济稳定法案》(Emergency Economic Stabilization Act)授权收购金融机构的不良资产(尤其是抵押贷款证券),如果它们在美国有“相当大的经营规模”的话。初期的报告显示,如果不排除接受该计划的资本注入的机构的话,美国的国内机构就占据了多数。如果这股趋势持续下去,即使从法律的字面意思看这样做并不违法,但是针对外国机构的歧视行为也会既成事实。

第二类紧急措施也以金融行业为目标,但其目的是直接形成对整个经济的信贷供应。英国和德国均筹划了相关计划,参与者要想获得政府支持,就必须支持对有信誉的借款人的借贷——这些借款人主要是中小型企业。其中大部分内容还是要视该计划这些方面的实际执行情况而定。如果这个条件导致信贷供应仅流向了本国产业,这同

样证明,针对外国机构的歧视已经既成事实,即使从法律的字面意思上看并非如此。

国际投资法的涵义

目前,全世界实施中的双边和地区投资协议(包括自由贸易协定中的投资章节)大约有 2800 个。除爱尔兰以外,我们调查的国家都已经启动了签署多边投资协定的进程。调查对象中的大部分新签订的投资协定都是与发展中国家和东欧国家签署的。首先,这有可能阻止经合组织(OECD)国家的外国投资者对其他非经合组织国家提出索赔,因为它们之间几乎没有任何有效的投资协议,尽管它们都是大规模金融交易的来源地和目的地。然而,大量签署协议有可能促使投资者利用投资协议,通过任何已经与经合组织国家签署了双边投资协议(BIT)的其他国家诱导他们的投资。此外,老的投资约定——包括《友好、通商、航海条约》(Friendship, Commerce and Navigation)——在许多经合组织国家(包括许多我们调查的国家)仍然有效。这些条约通常允许把争端提交国际法院,而且至少在美国,美国宪法允许当事国的投资者向美国法院提出索赔,这项权利是自动生效的[Asakura 诉西雅图市案,265 US 332 (1924)]。

新的投资协议通常赋予缔约国外国投资者国际争端调解的直接权利。起初,这种能力将取决于受质疑的措施是否属于既定的条约文件所涵盖的范围。投资协定通常在庞大的“限制清

单”体系的基础上组织它们的活动(因此,包括与金融领域有关的所有政府措施都受这个体系的管辖,除非有特别说明)。这与更为保守的安排体系如世界贸易组织(WTO)《服务贸易总协定》(GATS)的“肯定清单”形成了对比。

根据我们的调查,如果付诸行动,这些紧急措施有可能在投资协定的框架下或者在某个国家法庭引出赔偿责任问题。尤其是,我们看到了违反给予国民待遇的义务的情况。这些措施还有可能违反“公平和公正”的原则,对缔约国而言,最突出的就是它对歧视行为的限制。不过,仲裁判决以及对于“公平和公正”保障的准确外延的说明都有相当大的不确定性。有鉴于此,我们把研究的重点放在了国民待遇上。

国民待遇原则禁止在“同等情况”或“类似情况”下给予外国投资者比国内投资者“更少的优惠待遇”。尽管采取的措施是临时性的,而且在引发损失后予以废止(如澳大利亚),但是这个事实并不能从本质上免除法律责任。不仅如此,赋予国民待遇的义务既适用于法律上的反歧视,也适用于事实上的反歧视。后者还包括了那些没有明确区分国籍,但是对东道国的外国投资者形成沉重压力的措施。无约束力的《OECD 国民待遇文件》是指导辨别国民待遇义务组成要素的重要原始资料。投资国仲裁法庭已经在利用《OECD 国民待遇文件》寻找有竞争力的相互影

响,这是确定国内投资者和外国投资者在“类似情况”下运营的必要条件。有时,他们还从比较宽泛的角度来解释这些因素,他们也许会把整个金融业(而不是具体的行业分类)当作外国投资者和国内投资者的比较基础。不过,违法的问题最终将归结到法庭是否要求出示污蔑政府目的的证据,尤其是对于事实上的歧视的指控。一些案例——其关注点有所不同——已经开始探索这种区别是否基于法律政策,是否无可非议,或者仅仅是作为保护国内投资者的手段,因此而被禁止。在此,主要还是取决于法庭在以贸易保护主义为目的的测试中所采用的标记。即使是在要求出示推定目的的证据的检测中,这些措施中有一部分可能经不起检验。实际上,捷克共和国在上世纪 90 年代末应对国内金融危机时,曾对我们所调查的国家采取过类似形式的歧视,并且被判定违反了其投资协定所规定的责任(Saluka 诉捷克共和国案)。

在裁定因违反国民待遇而索赔的情况时,东道国的行为中也有例外。一些投资协定中包含了对金融领域的审慎措施的有条件豁免(效仿 GATS)。但应该意识到,这些条约中的最惠国条款会给原告提供更好的待遇,如果他们的东道国达成了其他没有那些例外情况的条约。旧的投资协定通常只豁免必要时采取的、维护“公共秩序”或者保护“重大安全利益”的措施。虽然在新的条约中再次出现的这些例

外都是自我裁判,但是大部分旧规则都明确地考虑了在落实例外情况时裁定者的作用。实际上,在2001年至2002年的金融危机过后,针对阿根廷提出的一系列案件都对这种模糊例外的范围进行了评估。在这些案件中,特别法庭准备查明,金融危机的不利社会影响可能危及国家的“重大安全利益”。不过,从整体来看,当前的措施不大可能属于例外情况。尤其是,很难得出结论,针对外国银行机构(它们拥有国内存款人)的歧视实际上是保护“重大安全利益”的“必要”措施。阿根廷也不能以紧急状态的惯例为借口来逃避条约责任。因此我们期望类似的法律规定适用于当前的措施。

结论

在对国际投资协定下潜在的赔偿责任的分析中,我们得出了两个暂时性的结论。首先,尽管当事国公开表示致力于自由市场原则,其中包括法治、尊重私有财产、开放贸易和投资以及有竞争力的市场,这也是在20国集团历次会议上表达的愿望,但仍然有明显的证据表明,在我们调查过的法律中,有普遍的针对外国投资者的歧视现象。这并不局限于某一个国家或特定的群体;它是世界上许多国家在应对金融危机时所采取的紧急措施的显著特征。它及时地提醒我们,要重新审视贸易保护主义爆发所带来的教训,那一次贸易保护主义导致了在两次世界大战期间的大萧条。用博弈论的术语来说,贸易保护

主义是囚徒困境的结果。合作可以让每一个国家好转,但是追求私利主义(并且保护国内产业)至少在短期内对各个国家来说是合理的。虽然贸易保护论的本质现在变得更加微妙,但仍然无法摆脱一个结论,即在当前的危机中国家无法合作,并且可能伴随一系列潜在后果。

这又导致了我们的第二个暂时的担忧,也就是说国际法是否能在当代履行重要职能。二战后国际经济法架构的缔造者受到了1919年至1939年这一时期的教训的深刻影响。他们起草了规章,希望嵌入松散的合作形式,并且约束各国采取短期保护主义措施的自由。然而,各国目前为此所做的准备及其速度让人们产生了严重质疑,我们现有

的体系是否足够检验出这些问题的发展趋势。

最终,这些敏感问题还是会——以不太理想的方式——通过法律制裁,而不是外交途径来解决。2001年的阿根廷金融危机引发了一轮针对该国的法律诉讼。如果当前的趋势持续下去,目前各国针对全球金融危机所采取的应对措施也会引发同样的结果。

本文作者安妮·范·奥肯(Anne van Aaken)是瑞士圣加伦大学法学终身职位教授;于尔根·库尔茨(Jurgen Kurtz)是澳大利亚墨尔本大学法学院国际投资法研究计划主任。本文承蒙哥伦比亚大学维尔—哥伦比亚可持续国际投资中心(VCC)授权翻译刊发。(钱志清译)



本刊讯 4月5日,由罗马地区金银首饰商协会发起,意大利经济发展部、罗马大区、罗马大区发展局和意大利对外贸易委员会支持的大型罗马首饰展——“梦工厂—罗马首饰”在北京隆重举行。这次展览有两个目的:一方面是全面展示罗马传统首饰的美,矫正近几十年来金银首饰艺术市场上的全球化和同一化;另一方面,此次活动属于拉齐奥大区首饰国际化的一部分,而金银首饰又代表着罗马和拉齐奥大区的遗产,这次展览可以向世界和中国人民介绍“意大利制造”和“拉齐奥制造”。这次展览将持续到4月19日。(肖前)